



## **LAS RESTRICCIONES PRESUPUESTARIAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA**

### ***THE BUDGETARY CONSTRAINTS IN THE JURISPRUDENCE OF THE ARGENTINE SUPREME COURT***

**HORACIO CORTI<sup>1</sup>**

Artículo recibido el 27 de noviembre de 2016

Artículo aceptado el 12 de diciembre de 2016

#### **RESUMEN**

En muchas ocasiones los Estados alegan que carecen de recursos financieros para justificar lesiones de derechos fundamentales o el incumplimiento de estándares constitucionales. La situación adquiere más intensidad en épocas de crisis cuando se implementan planes de ajuste o medidas de austeridad. Las reducciones de gasto público afectan sustancialmente a los derechos fundamentales sociales. Este trabajo se centra en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Argentina donde el tribunal, desde la década del noventa, examinó críticamente la defensa del Estado basada en sus restricciones presupuestarias. Se examina también

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular regular de Finanzas Públicas y Derecho Tributario. Defensor General del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ex magistrado. Ex Presidente del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

brevemente la jurisprudencia estadounidense que se remonta al inicio de los años setenta y que puede verse como antecedente de algunas decisiones argentinas. A partir de los casos examinados se propone una clasificación de cuatro modelos de control judicial de las restricciones presupuestarias, que puede permitir presentar de forma racional la experiencia judicial comparada: fuerte (basado en la primacía de los derechos fundamentales), semifuerte, moderado y un último modelo basado en la autolimitación judicial.

**PALABRAS CLAVE:** Ley de presupuesto y derechos fundamentales, defensa de limitación de recursos, modelos de control judicial de las restricciones financieras, derechos sociales.

#### **ABSTRACT**

Many times States claim that they lack of economic resources in order to justify their infringements on fundamental rights and also to break constitutional standards. The situation becomes more intense in times of economic crisis when the Governments implement adjustment programmes or austerity measures. Reductions in public spending substantially affect fundamental social rights. This paper focuses on the jurisprudence of the Supreme Court of Argentina, which critically examined the argument of the State based on its budgetary constraints since the 90's. It also briefly covers US jurisprudence dating back to the early 1970's which can be seen as the antecedent of some Argentine rulings. Based on the analyzed cases, a classification of four models of judicial control on budgetary constraints is proposed, which may allow a rational way to show the judicial practice in both States: strong (based on the primacy of fundamental rights), semi-strong, moderate and one last model based on judicial self-restraint

**KEY WORDS:** Budget law and fundamental rights, lack of economic resources as a defense, models of judicial control on financial constraints, social rights.

#### *SUMARIO*

##### *I. I. Planteamiento del problema*

##### *II. El control judicial fuerte de las restricciones presupuestarias*

- 1. Indemnización por daños causados por accionar ilícito del Estado*
- 2. Derecho a la salud*
- 3. Condiciones de detención en el sistema penitenciario*
- 4. Intermedio: los antecedentes estadounidenses*

### *III. El control judicial moderado y el control judicial semifuerte de las restricciones presupuestarias*

*1. El derecho a la vivienda*

*2. El voto de la mayoría. El modelo de control judicial moderado*

*3. El voto concurrente del juez Petracchi. El modelo de control semifuerte*

### *IV. Reflexiones finales*

*1. Cuatro modelos de control judicial de las restricciones presupuestarias*

*2. La justicia en el gasto público*

## **I. Planteamiento del problema**

El objeto de este trabajo consiste en presentar una visión sintética de algunas decisiones de la Corte Suprema de Justicia argentina (de aquí en más la Corte) en las cuales el Estado demandado justificó sus acciones parciales y/u omisiones en la existencia de restricciones presupuestarias o de limitación de recursos disponibles<sup>2</sup>.

Como sostuve en otros lugares el problema puede plantearse a través del siguiente diálogo:

La pregunta es de Peter Häberle: -“¿Deben los derechos fundamentales darse sólo en la medida de la capacidad de prestaciones económicas del Estado, o el Estado debe ser prestacional en la medida en que reseñan sus derechos fundamentales?”<sup>3</sup>.

La respuesta es de Robert Alexy: -“Derechos individuales pueden tener más peso que las razones de política financiera”<sup>4</sup>.

Esta cuestión requiere, a mi entender, repensar el derecho constitucional (para darle un lugar conceptual a la Constitución Financiera) y, sobre esa base, reformular los fundamentos del derecho financiero. Junto a las declaraciones de derechos y a la organización del poder estatal (las dos partes que habitualmente se consideran los pilares de las constituciones contemporáneas) hay que considerar un tercer ámbito

---

<sup>2</sup> Este trabajo se enmarca en una investigación sobre el derecho presupuestario y los derechos humanos iniciada en 1994. Los primeros trabajos dieron lugar a un primer libro exploratorio: *Derecho Financiero*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997. Una visión sistemática está expuesta en *Derecho Constitucional Presupuestario*, Abeledo Perrot, 2007. Luego editamos una obra colectiva y comparatista en dos volúmenes: *El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado*, editado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Allí incluimos el ensayo “Ley de presupuesto y derechos fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero”. Se encuentran en prensa dos trabajos complementarios: “Repensar el derecho presupuestario en el siglo XXI” y “Nuevos horizontes constitucionales del derecho presupuestario en el mundo global”.

<sup>3</sup> PETER HÄBERLE, “Los derechos fundamentales en el Estado de Bienestar” en *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 213.

<sup>4</sup> ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 495.

conceptual: el conjunto de reglas, principios y definiciones que establecen cómo financiar los derechos y los órganos estatales. Es decir: una constitución, si pretende ser real, esto es: efectiva en la realidad social, tiene que pensar cómo ella se financia. A ese sector lo llamamos Constitución Financiera, base a su vez del derecho financiero<sup>5</sup>. En esa Constitución Financiera ocupa un lugar central la institución presupuestaria.

A diferencia de los enfoques clásicos, que consideran al presupuesto una institución cuyos efectos se agotan al interior del Estado, esta visión hace del presupuesto un engranaje de la propia lógica constitucional, de ahí que esté en conexión conceptual tanto con los poderes estatales como con los derechos fundamentales.

Dentro de dicho marco general, aquí, más limitadamente, me ocuparé de cómo esta problemática fue tratada por el tribunal superior de la Argentina, sin perjuicio de algunas referencias al derecho comparado.

Sí considero necesario hacer dos aclaraciones preliminares, vinculadas a dos preguntas: ¿deben los tribunales involucrarse en litigios donde están en juego recursos públicos? y ¿los tribunales se han involucrado en litigios donde están en juego recursos públicos?

Una cuestión normativa de legitimidad y otra fáctica.

Antes de ver un litigio público veamos los casos privados. Si a) los jueces resuelven conflictos entre derechos y si b) los derechos pueden expresarse en términos patrimoniales, entonces c) las decisiones judiciales implican asignaciones de recursos. Esto sucede en el derecho laboral (indemnizaciones por accidentes de trabajo o por despidos), en el derecho de familia (alimentos), en el derecho civil (indemnizaciones por responsabilidad contractual o extracontractual), en el derecho concursal, para dar sólo algunos ejemplos.

En todos estos casos resolver el conflicto entre pretensiones opuestas implica transferir recursos económicos entre las partes.

Ahora bien, si a) se acepta que los tribunales resuelvan conflictos de derechos en los cuales está presente el Estado y si, a la vez, b) todo derecho, en mayor o menor medida, implica un costo, entonces c) las decisiones judiciales implicarán asignaciones de recursos públicos<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Sobre el concepto de Constitución Financiera en diferentes tradiciones jurídicas ver: Ángeles García Frías, “La financiación de los Länder”, Revista catalana de dret públic, núm. 32, 2006, página 234 (que refiere el origen de la expresión en el derecho constitucional alemán). Perfecto Yebra Martul-Ortega. *Constitución Financiera Española. Veinticinco años*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2004, página 65. Andrea Morrone, *La costituzione finanziaria. La decisione di bilancio dello Stato costituzionale europeo*, Giappichelli Editore, Torino, 2015. Heleno Taveira Torres, *Direito constitucional financeiro. Teoria da Constituição Financeira*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014. Álvaro Rodríguez Bereijo, *La constitución fiscal de España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

<sup>6</sup> HOLMES, STEPHEN y SUNSTEIN, CASS, *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, Norton & Company, New York, 1999.

Veamos situaciones clásicas. Si se admite la responsabilidad del Estado por su accionar ilícito (incluso en muchos ordenamientos por su accionar lícito), la sentencia de condena que fija una indemnización implica que ella asigna recursos. Lo mismo sucede en los juicios de expropiación (cuando el expropiado discute el valor fijado por el Estado), en los juicios por diferencias o incumplimientos contractuales, en los casos de empleo público (cuando se relaman por ejemplo diferencias salariales), es decir, en la mayor parte de los casos judiciales que hacen a la práctica del derecho administrativo. En el derecho tributario podemos considerar las acciones por repetición de impuestos. En el derecho financiero se destacan las demandas de tenedores de títulos públicos ante situaciones de incumplimiento o de default (casos en los cuales, además, dado lo habitual de la prórroga de jurisdicción, será un tribunal de otro Estado el que incida sobre los recursos públicos del Estado deudor). También es esta la situación en los litigios sobre el sistema de la seguridad social (jubilaciones y pensiones). En todos estos casos, si el Estado es demandable y, luego, la sentencia de alguna forma ejecutable, los jueces toman decisiones sobre los recursos públicos, es decir, aquellos recursos que se distribuyen a través de la ley de presupuesto. Complementariamente, las demandas que impugnan decisiones tributarias, en caso de ser admitidas, también inciden sobre los recursos públicos (su efecto es dejar de recaudar recursos que estaban previstos e incluidos en las estimaciones recaudatorias que dan sustento a las autorizaciones presupuestarias).

Ciertamente, conocemos los problemas y debates sobre la ejecución de sentencias que condenan a los Estados a dar sumas de dinero; pero desde el momento en que se admite el carácter demandable del Estado se habilita, de forma simultánea, a los tribunales a incidir en los presupuestos públicos. Otro punto, ya admitido lo central, será ver cómo se compatibilizan el derecho a la tutela judicial efectiva con el principio constitucional de reserva de ley en materia presupuestaria. Es decir, resuelto lo jurídico sustancial hay un espacio procesal para debatir sobre las modalidades de la ejecución de las sentencias. Resulta obvio: debatir sobre la ejecución de una sentencia supone que ha transcurrido antes un proceso judicial legítimo<sup>7</sup>.

En suma y en cuanto a la primera pregunta, no hay duda que de acuerdo al desarrollo histórico que han tenido el derecho público y la función judicial, y sin perjuicio de los matices que hacen a las diferentes tradiciones nacionales en cuanto a la organización de sus sistemas judiciales y de control (tanto de la administración como de constitucionalidad), los tribunales, al resolver diferentes tipos de casos que involucran derechos fundamentales, necesariamente toman decisiones que impactan sobre los recursos públicos.

---

<sup>7</sup> Traté con profundidad la problemática de la ejecución de las sentencias que condenan al Estado a dar sumas de dinero en los capítulos XIII, XIV y XIV de mi *Derecho Constitucional Presupuestario*, ya mencionado. Allí hago una historia del debate desde el siglo XIX. También considero la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el asunto.

El debate, por ende, no se refiere específicamente al debate judicial sobre los recursos públicos sino, en un nivel mayor de generalidad, a la controversia sobre la legitimidad de la actuación de los órganos judiciales y de control de constitucionalidad en el contexto de un régimen democrático de gobierno (así el típico debate anglosajón sobre el carácter contramayoritario del control judicial de constitucionalidad).

Ahora bien, esto que se aprecia al nivel normativo tiene su correlato en los hechos, pues efectivamente los tribunales vienen de hace tiempo tomando decisiones que impactan en los recursos públicos. De ahí, también, que las discusiones sobre cuál es el peso jurídico que cabe darle a las restricciones presupuestarias estén presentes ya desde hace décadas en los casos judiciales.

Hay aquí, señalo de paso, una problemática epistemológica de interés, pues estos litigios, que ya tienen una extensa historia, no han sido un objeto central de los textos habituales referidos al derecho financiero (la situación es común a la doctrina comparada), donde lo central, cuando se trata el presupuesto público, pasa por reflexiones relativas a competencias y procedimientos, no por cuestiones sustantivas referidas a la relación entre la asignación presupuestaria de los recursos públicos y la efectividad (y eventual lesión) de los derechos fundamentales.

En este contexto expondré a continuación algunas decisiones de la Corte argentina sobre el asunto.

## **II. El control judicial fuerte de las restricciones presupuestarias**

### **1. Indemnización por daños causados por accionar ilícito del Estado**

El primer caso para considerar es “*Rubén Badín*”, resuelto en 1995.

El caso tiene su origen en un incendio ocurrido en una institución penitenciaria, situación en la cual fallecieron varios detenidos, cuyos familiares demandaron al Estado por los daños y perjuicios causados, cuestión que la Corte encuadró, como es tradicional en el derecho argentino (que en este punto ha receptado conceptos del derecho administrativo francés), en términos de falta de servicio.

La Corte describe con detenimiento las condiciones de vida en la cárcel. La sentencia da muchos detalles de la situación, de los que cabe recordar lo siguiente, por mencionar de paso los problemas presupuestarios:

*“La declaración indagatoria del jefe de la unidad resulta significativa demostración de las deficientes condiciones de la cárcel de Olmos. Allí se describen los sucesos del 5 de mayo y los trabajos realizados para sofocar el incendio y auxiliar a los internos pero, a la vez, se ponen de manifiesto las graves insuficiencias de la unidad, que albergaba para entonces aproximadamente 3000 internos, excediendo notoriamente su capacidad,*

*calculada en 1000. La declaración destaca la precariedad de las instalaciones eléctricas, el uso tolerado de calentadores que se utilizaban para cocinar ante la falta de suministro adecuado de alimentos y, en particular, que "con respecto a la carencia de elementos extintores y elementos contra incendio se ha insistido en reiteradas oportunidades, no solamente desde mi jefatura sino de jefaturas anteriores, la provisión de los citados elementos". A fs. 1151 vta. se atribuye el incendio a "un problema de estructura, edificio obsoleto, presupuesto y mantenimiento" y se afirma que en materia de control de incendios el personal solamente tenía un conocimiento básico. La ubicación del lugar del siniestro, la velocidad con que se propagó el fuego y la precariedad de medios hizo, según se expone, que el desenlace fuera irreversible".*

La cuestión que nos interesa es la relación entre los derechos y la decisión presupuestaria. La existencia, en el caso, de derechos involucrados la destaca la propia Corte, que deja en claro que se está ante disposiciones constitucionales de carácter operativo, que a su vez generan obligaciones estatales. Dice la Corte:

*"Que resulta necesario recordar, a los fines de la solución del caso, que un principio constitucional impone que las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ellas, proscribiendo toda medida "que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija" (art. 18, Constitución Nacional). Tal postulado, contenido en el capítulo concerniente a las declaraciones, derechos y garantías, reconoce una honrosa tradición en nuestro país ya que figura en términos más o menos parecidos en las propuestas constitucionales de los años 1819 y 1824 a más de integrar los principios cardinales que inspiran los primeros intentos legislativos desarrollados por los gobiernos patrios en relación a los derechos humanos. Aunque la realidad se empeña muchas veces en desmentirlo, cabe destacar que la cláusula tiene contenido operativo. Como tal impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral.*

*La seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado art. 18, los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario".*

En este marco se inserta la referencia presupuestaria de esta sentencia. Dice el considerando 9:

*"Que estas dolorosas comprobaciones, que es deber del tribunal destacar, no encuentran justificativo en las dificultades presupuestarias que se traducen en la falta de infraestructura edilicia, la carencia de recursos humanos, la insuficiencia de*

*formación del personal o las consecuentes excesivas poblaciones penales de las que pretende hacer mérito en su declaración quien fue jefe de la unidad de Olmos.*

*Si el Estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aun las que persiguen la reinserción social de los detenidos. Es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituye en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa.*

*Por otro lado, las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el estado de derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquella (art. 5° inc. 2°, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.*

Dado un derecho fundamental, que a su vez implica obligaciones estatales de hacer (obligaciones positivas), no es una razón válida para justificar su lesión la existencia de carencias presupuestarias. Lo contrario implica, de acuerdo a la muy contundente (y efectista) expresión de la Corte, subvertir el Estado de Derecho.

Lo central para destacar de esta argumentación es lo tajante de su estilo. Se afirma el derecho, se señalan las obligaciones positivas correlativas, se constata la lesión y se rechaza sin más la razón dada por el Estado para justificar sus incumplimientos: las carencias, dificultades o restricciones presupuestarias.

Podemos construir a partir de esta sentencia un modelo de argumentación jurídica para enfocar el problema que se basa en la primacía del derecho. Llamo a este modelo **control judicial fuerte**.

También es para señalar el tipo de juicio de que se trata: un clásico caso, al menos en el derecho argentino, de responsabilidad del Estado por su accionar ilícito y cuya consecuencia es fijar una indemnización por los daños probados y causalmente atribuidos a la administración.

A los efectos de una futura clasificación de los casos existentes en el derecho comparado identificamos aquí dos variables: a) modelo de argumentación: primacía del derecho, b) objeto del litigio: responsabilidad del Estado por daños al derecho a la vida, c) alcance del caso: individual.

## **2. Derecho a la salud**



El segundo caso para mencionar tiene su interés por el escasísimo lugar que la Corte le dio a las objeciones presupuestarias del Estado: *“Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social”* del año 2000.

Aquí se trata de una acción iniciada por una organización no gubernamental ante los incumplimientos estatales en proveer la medicación para el tratamiento del hiv/sida, conforme la regulación legal existente (ley 23.798).

Según el relato del dictamen del Ministerio Público que precede a la sentencia, el Estado había alegado que *“gestionó los fondos necesarios para el financiamiento del Programa y que el presupuesto es un acto institucional no sujeto al control de los jueces”*. Y luego, al recurrir ante la Corte, el Estado *“sostuvo que existe gravedad institucional, toda vez que la decisión cuestionada excede el mero interés individual de las partes y afecta de modo directo a la comunidad, pues el a quo omitió tratar los reales alcances de la ley 23.798 y su juego armónico con la ley de presupuesto, y que afecta la política de salud que compete al Ministerio en el marco de la ley específica y en la organización de la distribución del crédito asignado por el Presupuesto Nacional. Máxime, por las proyecciones que para el futuro pueda tener la decisión que en definitiva recaiga y su incidencia en los legítimos intereses de la economía nacional”*.

El Estado no justifica en este caso su accionar en restricciones financieras. Argumenta, en cambio, que al estar en juego el presupuesto los jueces no pueden intervenir (teoría del acto institucional) y, por otra parte, que la decisión judicial tiene efectos en la distribución presupuestaria de los recursos tanto presente como futura y esas consecuencias financieras no han sido consideradas por los jueces de las instancias previas que resolvieron el litigio en contra del Estado.

Lo interesante es que la Corte resuelve el caso a) afirmando la existencia de un derecho a la salud en el ordenamiento jurídico argentino, y b) constatando la omisión del Estado en cumplir con sus obligaciones legales. Nada dice de la ilegitimidad judicial de conocer en un caso que afecte al presupuesto, tampoco hace referencia a las eventuales consecuencias presupuestarias del caso. Sólo se limita a señalar lo siguiente (considerando 11):

*“Que, en un reciente pronunciamiento, este tribunal condenó a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a suministrar a una menor el servicio de internación en terapia intensiva -por un período superior al contemplado en el contrato de adhesión suscripto con el servicio de medicina prepaga- en un nosocomio público. Juzgó aplicable el art. 20 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que garantiza el derecho a la salud integral y que establece que el gasto público en salud es una inversión social prioritaria (Fallos: 321:1684). En tales condiciones, se infiere que la protección del derecho a la salud, según esta Corte, es una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria”*.

Es decir: se considera que el derecho a la salud tiene como correlato una obligación del Estado calificada de “impostergable” y que los gastos públicos concomitantes son “prioritarios”<sup>8</sup>.

Desarrollado el argumento él sostendría lo siguiente: dado el carácter prioritario de un gasto público, derivado de las características del derecho fundamental en juego y de sus obligaciones estatales correlativas, la resolución del caso no requiere evaluar sus consecuencias presupuestarias.

Por cierto, si las consecuencias presupuestarias no entran en juego, por una cuestión de coherencia, tampoco serían relevantes las eventuales carencias presupuestarias como justificación del incumplimiento estatal.

Esta sentencia permite identificar el siguiente tipo de caso: a) modelo de argumentación: primacía del derecho, b) objeto del litigio: omisión del Estado que lesiona el derecho a la salud, c) alcance del caso: colectivo.

### **3. Condiciones de detención en el sistema penitenciario**

El tercer caso para mencionar es “*Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus*”, resuelto en 2005.

Aquí se debatía una situación más compleja que la anterior, aun cuando también referida al sistema carcelario. Se trata de un habeas corpus colectivo iniciado por una organización no gubernamental defensora de los derechos humanos relativo a la situación irregular, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional argentino, del sistema penitenciario de la Provincia de Buenos Aires.

Ya no se trata de un caso individual (o colectivo), sino de una situación estructural, pues lo enjuiciado es una organización institucional en su conjunto: el sistema penitenciario como un todo.

De la multiplicidad de hechos denunciados, la Corte consideró los siguientes, que dan cuenta del problema planteado (considerando 24):

*“Que no se ha puesto en discusión la superpoblación de detenidos, tanto en las instalaciones del servicio penitenciario, como en las dependencias policiales provinciales. Esta superpoblación, en los niveles alcanzados y admitidos, de por sí acreditan que el Estado provincial incumple con las condiciones mínimas de trato reconocidas a las personas privadas de su libertad. Por otra parte, tampoco se puso en duda que se encuentran alojados en comisarías en calidad de detenidos adolescentes y*

---

<sup>8</sup> Calificar a ciertos gastos públicos de prioritarios es común en el constitucionalismo latinoamericano. Así sucede con los gastos sociales en la Constitución de Colombia.

*personas enfermas. También ha sido reconocido que, por los menos, el 75% de la población privada de su libertad son procesados con prisión preventiva que todavía no han sido condenados, y por lo tanto gozan de la presunción de inocencia. Finalmente, está dicho y no controvertido en autos que si bien la cantidad de detenidos en la provincia ha aumentado año a año desde 1990, en los últimos seis años ha alcanzado un incremento exponencial que no guarda relación de proporcionalidad alguna ni con el aumento demográfico de la población ni con el aumento de los índices delictivos en la provincia”.*

De la diversidad de argumentos expuestos por la Corte me detendré en dos. Primero, en una reflexión general sobre la función judicial. Luego, en lo referido específicamente a las restricciones presupuestarias alegadas.

Sobre lo primero la Corte deslindó el ámbito de las políticas públicas reservado a los poderes legislativo y ejecutivo del que le cabe evaluar a los tribunales: la compatibilidad de tales políticas con los derechos fundamentales. Dijo la Corte (considerando 27):

*“Que a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicial, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad. No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución, y, en el presente caso, se trata nada menos que del derecho a la vida y a la integridad física de las personas”.*

Se ve la diferencia de magnitud de ambos casos, “Badín” y “Verbitsky”. En el primero una situación individual y un juicio de daños y perjuicios. Aquí, un litigio estructural cuya solución implica profundas (y costosas) modificaciones institucionales.

A pesar de esas diferencias la Corte reiteró lo dicho en “Rubén Badín”. Según el considerando 28:

*“Que en este sentido, si bien resultan atendibles algunas de las razones expuestas por el Poder Ejecutivo provincial, en cuanto a la carencia de recursos económicos para solucionar en el corto plazo los problemas planteados, este Tribunal ya se ha pronunciado sobre el particular indicando que ‘estas dolorosas comprobaciones, que es deber del Tribunal destacar, no encuentran justificativo en las dificultades presupuestarias que se traducen en la falta de infraestructura edilicia, la carencia de recursos humanos, la insuficiencia de formación del personal o las consecuentes excesivas poblaciones penales’ ... ‘Las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquella (art. 5º, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)’ (Fallos 318:2002)”.*

Esta sentencia permite identificar el siguiente tipo de caso: a) modelo de argumentación: primacía del derecho, b) objeto del litigio: inadecuación del sistema penitenciario a los principios y derechos constitucionales referidos a las condiciones legítimas de detención, c) alcance del caso: estructural.

#### **4. Intermedio: los antecedentes estadounidenses**

Como hemos visto, en los casos antes reseñados se fija un criterio claro que no le otorga peso alguno a las restricciones presupuestarias como justificación para una omisión o incumplimiento estatal. Es lo que llamamos modelo argumental de la primacía del derecho fundamental (o del principio constitucional) en juego.

Si bien las sentencias de la Corte no contienen referencias a otras experiencias judiciales, los argumentos son semejantes a los desarrollados por la justicia federal y estadual estadounidense en diversos juicios, muchos de ellos litigios institucionales.

Cabe decir dos palabras sobre este tipo de juicios. Estos casos se han desenvuelto en el derecho estadounidense a partir del famoso caso “*Brown*”. En ellos se pone en juego una institución pública (una organización administrativa) a la luz de una cláusula constitucional, situación que conduce, ante la verificación de una inadecuación entre aquella institución y estas disposiciones constitucionales, a decisiones judiciales que condenan al Estado a modificar sus estructuras<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Hay dos trabajos seminales sobre el asunto: FISS, OWEN, “The form of justice” en *The law as it could be*, New York University Press, 2003, p. 1 y CHAYES, ABRAM, “The role of the judge in public law litigation”, *Harvard Law Review* 89, n° 7, mayo de 1976, p. 1281. La literatura posterior es inmensa. Ver, por ejemplo: DIVER, COLIN, “The judge as political powerbroker: superintending structural change in public institutions”, *Virginia Law Review*, vol. 65, n° 1, febrero de 1979, p. 43; HOROWITZ, DONALD, “Decreeing organizational change: judicial supervision of public institution”, *Duke Law Journal*, vol. 1983, n° 6, diciembre de 1983, p. 1265; FLETCHER, WILLIAM, “The discretionary Constitution:

Son casos institucionales porque involucran una institución, y también estructurales, en la medida en que los cambios son de gran envergadura. Su alcance es mucho mayor que anular un acto administrativo o invalidar una regla general, reglamentaria o legal.

Como ha señalado Gerald Frug al comentar (críticamente) estos casos, “el cumplimiento de las órdenes judiciales requiere masivos incrementos presupuestarios para las instituciones en cuestión”<sup>10</sup>.

Uno de los más relevantes (un hito, en realidad, en la historia judicial estadounidense) ha sido el caso “Wyatt”, proceso iniciado en 1970 y de extensa duración.

La situación, resumidamente expuesta es la siguiente. El punto de partida de la situación conflictiva fue de carácter tributario: la eliminación de un tributo a los cigarrillos destinado a financiar los servicios de salud mental del Estado de Alabama. Ello implicó reducciones presupuestarias y, para emplear una expresión típica de la experiencia latinoamericana, un “ajuste” presupuestario en el Hospital Estatal Bryce, en Tuscaloosa, con la consiguiente reducción de profesionales y de medios materiales (una medida de austeridad según el actual léxico europeo). La situación implicó que 5.200 pacientes vivieran en condiciones calificadas en ese momento de inhumanas. Wyatt, internado en el Hospital, inicia la demanda ante un tribunal federal que declaró que las condiciones de vida en la institución no respetaban los derechos constitucionales de los pacientes a recibir un trato digno y una atención médica adecuada. La condena, además, implicó detalladas condiciones para la reformulación institucional del Hospital y un largo proceso de ejecución.

Veamos el aspecto presupuestario. En su decisión del 12 de marzo de 1971, el juez Johnson destacó que de acuerdo con la evidencia en este caso, el fracaso de Bryce Hospital de suministrar el tratamiento adecuado se debía a la falta de fondos operativos y que la falta de tratamiento adecuado y suficiente a los enfermos mentales no puede justificarse por la falta de personal o de instalaciones

Por su parte, en 1974, la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, al confirmar lo sustancial de la decisión del juez Johnson, señaló que la falta de recursos (*the lack of resources*) no es una razón jurídica suficiente para justificar el incumplimiento estatal.

---

institutional remedies and judicial legitimacy”, The Yale Law Journal, vol. 91, nº 4, marzo de 1982, p. 635; STURM, SUSAN, “A normative theory of public law remedies”, Georgetown Law Journal, vol. 79, junio de 1991, p. 1355; SABEL, CHARLES y SIMON, WILLIAM, “Destabilization rights. How public litigation succeeds”, Harvard Law Review, vol. 117, febrero de 2004, p. 1015; SCHLANGER, MARGO, “Beyond the hero judge: institutional reform litigation as litigation”, Michigan Law Review, vol. 97, mayo de 1999, p. 1994

<sup>10</sup> Gerald Frug, “The Judicial Power of the purse”, University of Pennsylvania Law Review, volume 126, número 4, 1978, página 751 y siguientes. Hay traducción al castellano en la obra colectiva referida en la nota 1 de este trabajo: *El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado*, en el volumen 1, página 37 y siguientes.

En un extenso punto 5, la Corte resumió las objeciones del Estado y expuso su argumento, con referencias a otras decisiones judiciales en el mismo sentido. Es interesante ver el texto en su integridad dado su riqueza:

“[5] The appellants' fourth contention is that the order of the district court invades a province of decision-making exclusively reserved for the state legislature. Governor Wallace argues that the order will require heavy expenditures of state funds; that these funds will have to come from other state programs; and that the duty of compromising and allocating funds among the many programs competing for them is a duty which must be discharged by the state governor and legislature alone. Governor Wallace concedes in his brief that he is not contending that ‘the financial cost of complying with an established constitutional right is a valid reason for failure to comply’. He ‘suggest(s) that before the Court decides to adopt a new constitutional right it should consider all of the consequences of its action, financial and social, and its effect on our federal form of government’. The Mental Health Board makes the point in a related way, by suggesting that the district court's order here is in effect an order requiring the state to furnish a particular service, and by citing cases establishing the general proposition that ordinarily it is not for the federal courts to say whether or in what amounts a state shall provide any particular government benefit or service. E.g., *Fullington v. Shea*, D.Colo.1970, 320 F.Supp. 500, *aff'd*, 404 U.S. 963, 92 S.Ct. 345, 30 L.Ed.2d 282.

We find these arguments unpersuasive. It goes without saying that state legislatures are ordinarily free to choose among various social services competing for legislative attention and state funds. But that does not mean that a state legislature is free, for budgetary or any other reasons, to provide a social service in a manner which will result in the denial of individuals' constitutional rights. And it is the essence of our holding, here and in *Donaldson*, that the provision of treatment to those the state has involuntarily confined in mental hospitals is necessary to make the state's actions in confining and continuing to confine those individuals constitutional. That being the case, the state may not fail to provide treatment for budgetary reasons alone. ‘Humane considerations and constitutional requirements are not, in this day, to be measured or limited by dollar considerations’. *Jackson v. Bishop*, 8 Cir. 1968, 404 F.2d 571, 580 (Blackmun, J.), quoted, *Rozecki v. Gaughan*, 1 Cir. 1972, 459 F.2d 6, 8. ‘Inadequate resources can never be an adequate justification for the state's depriving any person of his constitutional rights’. *Hamilton v. Love*, E.D.Ark.1972, 328 F. Supp. 1182, 1194. ‘The obligation of the Respondents (prison officials) to eliminate unconstitutionality does not depend upon what the Legislatures may do’. *Holt v. Sarver*, E.D.Ark.1970, 309 F. Supp. 362, 385, *aff'd*, 8 Cir. 1971, 442 F.2d 304. See also *Hawkins v. Town of Shaw*, 5 Cir. 1971, 437 F.2d 1286, 1292. This conclusion is not novel. In the context of state penal institutions, the federal courts have repeatedly intervened to assure that the conditions of confinement do not invade the constitutional rights of those confined. E.g., *Cruz v. Beto*, 1972, 405 U.S. 319, 92 S.Ct. 1079, 31 L.Ed.2d 263; *Johnson v. Avery*, 1968, 393 U.S. 483, 89 S.Ct. 747, 21 L.Ed.2d 718; *Campbell v. Beto*, 5 Cir.

1972, 460 F.2d 765; *Landman v. Royster*, E.D.Va.1971, 333 F. Supp. 621; *Holt v. Sarver*, E.D.Ark.1970, 309 F. Supp. 362, *aff'd*, 8 Cir. 1971, 442 F.2d 304. This Court has recognized that 'our constitutional duties require that the courts be ever vigilant to assure that the conditions of incarceration do not overstep the bounds of federal constitutional limitations'. *Campbell*, 460 F.2d at 767-768. In discharging these duties, the federal courts have in some cases entered decrees requiring substantial restructuring of state prison systems, but the courts have not hesitated to enter such decrees when necessary to safeguard the constitutional rights of prisoners. As the court said in *Holt v. Sarver*: Let there be no mistake in the matter; the obligation of the Respondents to eliminate existing unconstitutionality does not depend upon what the Legislature may do, or upon what the Governor may do, or, indeed, upon what Respondents may actually be able to accomplish. If Arkansas is going to operate a Penitentiary System, it is going to have to be a system that is countenanced by the Constitution of the United States. 309 F. Supp. at 385. Similar developments have occurred in the field of institutions for the detention of juveniles. *Nelson v. Heyne*, 7 Cir. 1974, 491 F.2d 352, *aff'g*, N.D.Ind.1972, 355 F. Supp. 451; *Martarella v. Kelley*, S.D.N.Y.1972, 359 F.Supp. 479, *enforcing*, 349 F. Supp. 575; *Inmates of Boys' Training School v. Affleck*, D.R.I.1972, 346 F. Supp. 1354; *Morales v. Turman*, E.D.Tex.1973, 364 F. Supp. 166".

Según el comentario de Eisenberger y Yaezell, "la corte rechazó ordenar medidas específicas sobre el sustentamiento monetario para implementar los estándares, señalando que resultaba deseable la deferencia judicial frente a la prerrogativa legislativa en lo relativo al financiamiento. Indicó, sin embargo, que la falta de fondos no podía excusar un fracaso en el cumplimiento"<sup>11</sup>.

Fórmulas similares han sido usadas por diferentes jueces y tribunales federales en los diversos casos institucionales referidos a cárceles, prisiones e instituciones psiquiátricas. Veamos de forma ilustrativa algunas de ellas: "La falta de fondos no es una excusa aceptable para las condiciones inconstitucionales de encarcelación"; "La escasez de fondos no es una justificación para continuar denegando a los ciudadanos sus derechos constitucionales"; "Las consideraciones humanas y los requerimientos constitucionales hoy en día no pueden ser determinados o limitados por consideraciones basadas en dólares"; "Recursos insuficientes nunca pueden ser una justificación adecuada para que el Estado prive a ninguna persona de sus derechos constitucionales"; "Cuando las instituciones estatales se encuentran operando en condiciones y con prácticas inconstitucionales, la defensa de escasez de fondos y la incapacidad de la corte de distrito para ordenar asignaciones de parte de la legislatura del Estado, deben ser rechazadas por la corte federal"<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> EISENBERG, THEODORE y YAEZELL, STEPHEN, "The ordinary and the extraordinary in institutional litigation", *Harvard Law Review*, vol. 93, n° 3, enero de 1980, p. 465.

<sup>12</sup> Las referencias pueden consultarse en el ensayo de Frug antes citado.

Se aprecia en estas fórmulas judiciales la concreción del mismo modelo de argumentación que verificamos en la jurisprudencia de la Corte argentina que antes reseñamos: la primacía del derecho fundamental o del principio constitucional, sin darle peso alguno en el razonamiento a las restricciones presupuestarias alegadas.

Estos litigios no se limitan a la época de mayor protagonismo de los movimientos por los derechos civiles, desde la segunda posguerra hasta mediados de los años setenta, sino que continúan hasta el día de hoy. Incluso hay una mayor variedad de situaciones posibles.

En efecto, mientras que en los casos antes mencionados la cuestión presupuestaria surge en el curso del litigio como eventual razón del Estado para no poder cumplir con un estándar constitucional o, incluso, una decisión judicial en el momento de su ejecución, hay otras causas donde lo que está en juego, centralmente y como objeto procesal, es la financiación presupuestaria de una institución. Al respecto hay una extensa historia judicial sobre las desigualdades educativas causadas por las características del sistema de financiamiento. Es decir: el insuficiente financiamiento es la causa de la lesión al derecho. Luego del caso “*San Francisco Independent School District v. Rodríguez*” de la Corte federal (donde ésta declaró que la educación no es un interés fundamental protegido por la Constitución federal) de 1973, se desarrollaron una multitud de juicios, que continúan hasta hoy, en los tribunales estatales.

Un ejemplo reciente de esta última situación lo muestra la larga historia del caso “*Campaign for Fiscal Equity v. State of New York*” (CFE), llevado adelante por el profesor Michael Rebell<sup>13</sup>.

Iniciada casi a los comienzos de los noventa y aún en curso, en la causa se debate el sistema educativo de Nueva York a la luz de la Constitución de dicho Estado que consagra el derecho a una educación básica sólida.

En una decisión fundamental (del 26 de junio de 2003) la Corte de Apelaciones se expidió en favor de CFE y consideró que la causa de la deficiente educación residía en el sistema de financiamiento<sup>14</sup>. La Corte condenó al Estado a determinar el costo presupuestario de un sistema educativo acorde a la pauta constitucional

A partir de allí la causa tomó un curso interesante, pues ante el incumplimiento del Estado en hacer una propuesta, el juez nombró un panel de árbitros, que presentó un

---

<sup>13</sup> Remito fundamentalmente a los trabajos de Michael Rebell, entre ellos: “CFE v. State of New York: Past, Present and Future”, NYSBA Government, Law and Policy Journal, Summer 2011, vol. 13, No. 1, página 24; “Safeguarding the right of a sound basic education in times of fiscal constraint”, 75 Alb. L. Rev. 1855, 2011-2012; *Courts and Kids. Pursuing educational equity through the state courts*, The University of Chicago Press, Chicago, 2011.

<sup>14</sup> La corte declaró la existencia de un *link* entre la falta de un suficiente financiamiento público del sistema de educación de la Ciudad de Nueva York y la inadecuada *performance* de dicho sistema escolar. Ver el comentario de la sentencia realizado por Oreen Chay, New York Law School Law Review, Vol. 48, página 613.



informe donde se concluyó que el sistema escolar necesitaba un financiamiento adicional de 5,63 billones de dólares de ayuda operativa y 9, 2 billones para instalaciones. Dicho informe fue aprobado por el juez, quien ordenó al Estado proveer las sumas indicadas.

La Corte de Apelaciones, luego, consideró que correspondía diferir a la legislatura la determinación presupuestaria de la suma adecuada para financiar el sistema y asegurar el derecho a una sólida educación básica.

Mientras que en ciertos casos judiciales la cuestión presupuestaria surge como argumento de la defensa del Estado a fin de justificar un incumplimiento (y allí surge el lema judicial: la escasez de recursos no justifica la violación de un derecho), en otros aquella cuestión se presenta como una discusión jurisdiccional directa sobre cómo financiar una institución y así proteger debidamente un derecho.

Ambas situaciones ponen en juego no sólo a la Administración en juicio sino al propio Poder Legislativo, quien es en definitiva el órgano competente en materia financiera y presupuestaria como derivación del principio de legalidad en la materia.

La práctica judicial, entonces, permite comenzar a individualizar algunas situaciones generales que vinculan la ley de presupuesto con los derechos fundamentales y que merecen una respuesta:

a) La cuestión presupuestaria como defensa durante el proceso. El Estado alega, como justificación de un incumplimiento jurídico que redunde en la lesión de un derecho (o de un estándar constitucional) la insuficiencia de recursos presupuestarios.

b) La cuestión presupuestaria como defensa en la ejecución de las sentencias. El Estado alega, ante una resolución judicial que le impone una conducta que restaura la vigencia de un derecho (o de un estándar constitucional) que tiene un costo concomitante, la insuficiencia de recursos presupuestarios.

c) La cuestión presupuestaria como objeto procesal. En esta tercera situación la insuficiencia presupuestaria es el propio objeto del juicio en cuanto a ella el actor procesal le atribuye el hecho mismo de ser la causa de la lesión de un derecho (o de un estándar constitucional).

Las tres situaciones han generado en los tribunales norteamericanos una corriente jurisprudencial, cuyo sentido básico puede resumirse en el siguiente lema: las restricciones presupuestarias no son por sí mismas una razón válida alegable por el Estado para justificar el daño a un derecho fundamental o el incumplimiento de un estándar constitucional.

Como puede apreciarse esta misma perspectiva es la asumida implícitamente por la Corte argentina en los casos antes reseñados y que da lugar al modelo argumental de la primacía del derecho fundamental.

Esta es sólo una referencia para apreciar que la jurisprudencia argentina iniciada en la década del noventa es deudora de una tradición judicial estadounidense que se remonta al menos a los inicios de los años setenta y que merece, claro está, un estudio en sí mismo pormenorizado, que tenga en cuenta las instancias judiciales (corte suprema; justicia federal; justicia estadual), cuáles son los objetos litigiosos, cuáles los alcances de los casos, cuáles han sido las peripecias en las extensas ejecuciones de sentencias (el caso Wyatt por ejemplo tuvo una duración de 33 años), entre otros aspectos a considerar.

### **III. El control judicial moderado y el control judicial semifuerte de las restricciones presupuestarias**

#### **1. El derecho a la vivienda**

Un cambio de visión en la jurisprudencia de la Corte argentina es producido por la Corte en el caso “*Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo*”, del año 2012.

Se trata de un caso sobre el derecho de la vivienda (el primero donde la Corte Suprema argentina se pronuncia sobre el alcance del derecho) iniciado por la señora Q con el patrocinio del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad, sobre la base de la insuficiencia e inconstitucionalidad del régimen de subsidios establecido por el gobierno local<sup>15</sup>. El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad había rechazado la demanda sosteniendo, con argumentos claramente conservadores, la constitucionalidad de dicho régimen<sup>16</sup>.

Es preciso tener en cuenta, en este análisis acotado a los aspectos presupuestarios, el voto de la mayoría y el voto concurrente del juez Petracchi.

---

<sup>15</sup> El Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es una institución constitucional, que forma parte del Poder Judicial, que garantiza el acceso a la justicia de toda persona que carece de recursos suficientes y que tiene una larga experiencia en litigar contra el Estado local patrocinando actores que reclaman derechos sociales, entre ellos el derecho a la vivienda. Se brinda asistencia jurídica en casos individuales (así como en el caso de referencia, un ejemplo del amplio universo de situaciones de personas en situación de calle) y en casos colectivos (asistiendo por ejemplo a toda una comunidad que vive en un barrio informal, o *villa*, reclamando la urbanización del barrio, es decir, poder acceder al conjunto de derechos que gozan los vecinos que viven en la ciudad formal: derecho a la vivienda, al agua, al acceso a los servicios públicos, etc., conjunto de derechos que pueden englobarse bajo la designación de derecho a la ciudad, derecho que fue reconocido en la reciente conferencia de las Naciones Unidas, Habitat III, en su documento final).

<sup>16</sup> Menciono que sobre el derecho a la vivienda y sobre casos análogos a éste, tuve la oportunidad de referirme en mi función de magistrado de la Cámara Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad en numerosas oportunidades. Remito en particular a la sentencia dictada junto a mi colega Carlos Balbín en el caso “*Mansilla María Mercedes contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)*”, Expediente 13817 / 0, de octubre de 2006.

## 2. El voto de la mayoría. El modelo de control judicial moderado

Lo primero para destacar es que la mayoría (a diferencia del voto concurrente) no remite a la jurisprudencia hasta entonces existente de la propia Corte que antes reseñamos y elabora un nuevo enfoque.

Ante todo se destaca que el derecho a la vivienda no es una mera declaración política sino que está expresado a través de normas jurídicas operativas con vocación de efectividad (considerando 10):

*“Que la primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad. Esta Corte en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe “garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (Fallos: 327:3677; 332:2043) y “garantizar”, significa “mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas”, según indica en su Observación General n° 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tomada en cuenta ya que comprende las “condiciones de vigencia” de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (Fallos: 332:709)”.*

A continuación la Corte Suprema introduce por primera vez en sus argumentaciones el concepto de operatividad derivada, *“en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado”*, categorización discutible en la medida en que la mayoría de los derechos constitucionales se vinculan a obligaciones públicas (considerando 11). Si bien no es una cuestión para profundizar aquí, se trata de una innovación categorial (no existía en el derecho constitucional argentino) que parece resucitar, con otro vocabulario y de forma oblicua, la perimida categoría de normas programáticas.

El desarrollo de la Corte es el siguiente: *“Que el segundo aspecto que cabe considerar es que la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado. Este grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios. En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama*

*de otros derechos. Por esta razón, esta Corte no desconoce las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado. Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno. Que todo ello significa que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial”.*

Aquí hay dos ideas. La primera es que los derechos son objeto de una valoración global con referencia a los recursos que son necesarios para efectivizarlos. Es decir que es al legislador a quien le corresponde hacer el balance entre los derechos a la luz de los recursos disponibles. La segunda apela a un lenguaje procesal para referirse a una problemática sustancial. El derecho a la vivienda implica una relación compleja entre tres sujetos: a) el titular del derecho que sería el legitimado activo; b) el Estado como obligado, que sería el “legitimado pasivo directo” y c) el resto de la comunidad que es la que reclama otros derechos y, a la vez, soporta la carga, que sería el “legitimado pasivo indirecto”.

Llamemos a este enfoque “teoría del balance”, visión que contiene dos elementos: a) cabe hacer un balance entre derechos y disponibilidades presupuestarias, y b) hacer ese balance es competencia exclusiva del Poder Legislativo.

Ahora bien, de forma crítica cabe señalar que este argumento es generalizable a todo derecho que implique un gasto (la mayoría) y, por ende, a toda acción judicial cuya sentencia tenga efectos financieros (la mayoría de las demandas contra el Estado). Si sólo se lo acota, como parece suceder con la jurisprudencia de la Corte, a un subgrupo de derechos (los derechos sociales o a alguno de entre estos) está jugando un claro prejuicio, no una razón basada en el derecho positivo sobre la base de distinciones conceptuales claras y coherentes.

Un punto sí interesante del argumento es que presupone la unidad del fenómeno financiero y la correlación entre los diversos sujetos involucrados: los titulares de los diferentes derechos fundamentales, el Estado y los sujetos vinculados a los institutos financieros que utiliza el Estado para financiarse: contribuyentes en los tributos, titulares de títulos de la deuda pública en el crédito público<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Aquí aludo a un debate doctrinario, que sólo menciono, referido a la autonomía del derecho tributario. Queda claro que una visión que se basa en la idea de Constitución Financiera y que sobre esa base construye la dogmática del derecho financiero implica una visión unitaria sobre todo el derecho financiero, superando las posiciones, comunes en el derecho latinoamericano, que sostienen la autonomía del derecho tributario. Esta sentencia de la Corte, en este punto preciso de sus argumentos, muestra la necesidad de pensar unitariamente el derecho financiero. Esto significa seguir y profundizar las diferentes tradiciones que afirman la unidad y autonomía del Derecho Financiero. Para Italia, ver: Andrea Amatucci, “Las raíces de la concepción sustancial del derecho financiero público en Nápoles y en la Italia meridional” en *Historia del Derecho de la Hacienda Pública y del Derecho Tributario en Italia*, Temis,

Postulada la operatividad derivada del derecho, la Corte destaca la función del control judicial de razonabilidad. Luego de efectuarse una referencia, no muy clara por lo demás, a Rawls, la Corte identifica control de razonabilidad con aseguramiento del contenido mínimo del derecho. En palabras de la Corte Suprema: *“En el campo de las reglas normativas, ello significa que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle. La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces”*.

Según este argumento el control de razonabilidad (que tiene una larga historia como control sustantivo de constitucionalidad en el derecho argentino, incluyendo como uno de sus aspectos el principio de proporcionalidad) es equivalente al resguardo del contenido mínimo del derecho social involucrado.

Es dentro de ese marco general que en el considerando 14 la Corte se refiere expresamente a la cuestión presupuestaria introducida por el Estado demandado en términos de presupuesto inelástico y de limitaciones presupuestarias: *“Que por otro lado, la Ciudad de Buenos Aires ha sostenido en la audiencia ante esta Corte que su tarea en casos como el presente está ceñida por un presupuesto “inelástico”, y que por esa razón “cada uno de estos casos va chocando contra la limitación presupuestaria” que establece la ley local”*.

La línea argumental de la Corte pasa por referenciar diversos conceptos del Comité DESC, que cabe mencionar: *“En ese sentido, el Comité afirmó en primer término que “la ‘disponibilidad de recursos’ aunque condiciona la obligación de adoptar medidas, no modifica el carácter inmediato de la obligación, de la misma forma que el hecho de que los recursos sean limitados no constituye en sí mismo una justificación para no adoptar medidas. Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación del Estado Parte de velar por el disfrute más amplio posible*

---

2004; para España: Fernando Sainz de Bujanda, *Sistema de derecho financiero I. Introducción*. Volumen Primero, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1977, en particular capítulo III “Derecho Financiero”; para Francia: Loïc Philip, *Les fondaments constitutionnels des finances publiques*, París, 1995; para Argentina: Rubén Asorey, “El derecho tributario dentro del derecho financiero” en Horacio García Belsunce (director), *Tratado de tributación. Tomo I. Derecho tributario*. Volumen 1, Astrea, 2003, p. 25; para Colombia: Mauricio Plazas Vega, *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*. Tomo I. Derecho de la Hacienda Pública, tercera edición, Temis, 2016.

*de los derechos económicos, sociales y culturales, habida cuenta de las circunstancias reinantes...los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo” (punto 4 de la Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos que disponga” de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto: Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, E/C. 12/2007/1). A continuación, advirtió que la garantía de los derechos reconocidos “no exige forzosamente importantes asignaciones de recursos” (punto 7); más precisamente, estableció que en el caso de que un Estado aduzca limitaciones de recursos, el comité consideraría una serie de criterios objetivos para examinar el argumento entre los que vale mencionar tres de ellos: a.) “el nivel de desarrollo del país”; b.) “la situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si atraviesa un período de recesión económica”; y c.) “si el estado intentó encontrar opciones de bajo costo” (punto 10 de la Declaración citada). En este contexto, el argumento de la utilización de los máximos recursos disponibles parece subordinado a un análisis integral por parte de la Corte de la asignación de sus recursos presupuestarios, que no podrá prescindir de la obligación primera que surge de los tratados a los que se comprometió la Argentina, que es dar plena efectividad a los derechos reconocidos en sus textos”.*

Esto es, la Corte aplica, haciendo un ejercicio concreto del control de convencionalidad (que forma parte de la visión de la Corte sobre cómo aplicar los tratados internacionales de derechos humanos y que a su vez es objeto de un proceso de construcción por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), la doctrina que a su vez se viene elaborando en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (entre otros actores por el Comité DESC) sobre la obligación de utilizar el máximo de los recursos disponibles y, correlativamente, sobre las exigencias que recaen sobre los Estados que pretenden justificar la ineffectividad de un derecho alegando que han utilizado ese máximo y que, por ende, carecen de aquellos recursos para garantizar adecuadamente el derecho. Es cierto, dicha doctrina es hoy más compleja que lo que la reseña de la Corte revela, pero están expuestos algunos aspectos centrales<sup>18</sup>.

Resulta claro que alegar carencias presupuestarias requiere de pruebas empíricas que acrediten esa situación. Y esa prueba es compleja pues requiere a) un análisis integral de las asignaciones presupuestarias, b) un análisis de la situación económica del país y c) acreditar el intento de encontrar opciones de bajo costo para garantizar el derecho.

---

<sup>18</sup> Ver, entre otros textos actuales, Ben Saul, David Kinley y Jacqueline Mowbray, *The international Covenant on economic, social and cultural rights*, Oxford, Oxford University Press, 2014; Aoife Nolan, Rory O Connell y Colin Harvey (editores), *Human rights and Public Finance. Budget & the promotion of economic and social rights*, Oregon, Hart Publishing, 2013; Radhika Balakrishnan, James Heintz y Diane Elson, *Rethinking economic policy for social justice. The radical potential of human rights*, New York, Routledge, 2016.

Cuando aplica estos conceptos al caso particular la Corte hace un agregado de interés, al afirmar que *“la inversión del Estado debe ser adecuada, lo que no depende únicamente del monto que éste destina, sino fundamentalmente de la idoneidad de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible”*.

Habría así un complementario “control de la idoneidad” de los gastos públicos frente a los derechos que se pretenden efectivizar.

En resumen, la mayoría de la Corte Suprema argentina conjugaría los siguientes aspectos:

a) la teoría del balance, con sus dos elementos: 1. cabe hacer un balance entre derechos y disponibilidades presupuestarias, y 2. hacer ese balance es competencia exclusiva del Poder Legislativo.

b) el control judicial de razonabilidad por parte de los tribunales, entendido como resguardo de una garantía mínima de los derechos, que se verifica ante una amenaza grave para la existencia misma de la persona;

c) aplicación de la doctrina del Comité DESC sobre los requisitos que debe satisfacer un Estado para alegar la limitación de recursos, entre ellos: 1. hacer un análisis integral de la asignación de sus recursos presupuestarios, 2. hacer un análisis de la situación económica del país, y 3. demostrar que se han hecho los máximos esfuerzos para generar proyectos de bajo costo.

d) los gastos públicos están sujetos a un control de idoneidad ante los derechos que se pretenden efectivizar.

Se ve que es un recorrido con luces y sombras. Si bien se afirma que los derechos son operativos y tienen vocación de efectividad, luego se limita su alcance a través de la categoría (extraña) de operatividad derivada. Sin embargo, luego a su vez se limita el alcance de esa limitación a través del control de razonabilidad de las garantías mínimas. A su vez se pone en cabeza del Estado efectuar pruebas y demostraciones que justifiquen la racionalidad de las restricciones presupuestarias alegadas.

Este modelo, en su aspecto presupuestario, conjuga los conceptos de a) balance legislativo, b) protección judicial del contenido mínimo del derecho, y c) prueba estatal de la limitación de recursos. Podemos llamarlo, convencionalmente, un modelo de **control judicial moderado** de las restricciones financieras.

### **3. El voto concurrente del juez Petracchi. El modelo de control semifuerte**

El voto concurrente del juez Petracchi, en cambio, se muestra en continuidad con los precedentes *“Badín”* y *“Verbitsky”*, pero introduce matices que permiten pasar de un sistema de control judicial fuerte a una semifuerte.

El marco general ya tiene reflexiones interesantes. En primer lugar, los derechos humanos implican “*el deber concreto e inmediato del Estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad*” (considerando 9). Esa reglamentación a su vez está sujeta al principio de proporcionalidad, es decir, “*las medidas adoptadas deben ser proporcionadas, eso es, adecuadas para alcanzar, a partir de la realidad que pretenden regular, la finalidad impuesta por la Ley Fundamental*” (considerando 11). Luego se agrega que las políticas públicas tienen que respetar las prioridades en términos de derechos que contiene la propia Constitución. A su vez, “*el Estado debe realizar el mayor esfuerzo posible, en razón de lo previsto por el PIDESC, para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad del derecho a la vivienda digna de todos sus habitantes*” (punto c. del considerando 11). Dentro de ese marco el Estado tiene un amplio margen de discrecionalidad para escoger sus políticas (considerando 12).

La cuestión presupuestaria es analizada en el considerando 16. Aquí se remite a los precedentes que ya señalamos (“*Badín*” y “*Verbitsky*”) pero completándolos con referencias a la justicia social y a los derechos humanos: “*Que, finalmente, cabe evaluar si la señalada falta de políticas públicas adecuadas en materia de vivienda puede ser justificada por la carencia de recursos económicos suficientes, alegada por el Gobierno de la Ciudad. Esta Corte tiene dicho que las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar el incumplimiento de la Constitución Nacional ni de los tratados internacionales a ella incorporados, especialmente cuando lo que se encuentra en juego son derechos fundamentales (Fallos: 318:2002 y 328:1146). Es que, al distribuir sus recursos, el Estado no puede dejar de considerar los principios de justicia social y protección de los derechos humanos que surgen de la Ley Fundamental (arts. 75, incs. 19, 22 y 23; y Fallos: 327:3753 y 330:1989, considerandos 12 y 5, respectivamente). Por ese motivo, cuando se demuestra que el Estado, al elegir prioridades presupuestarias, ha dejado en situación de desamparo a personas en grado de extrema vulnerabilidad como se advierte en el presente caso, que no pueden procurarse necesidades vitales básicas y perentorias, se impone la presunción de que prima facie no ha implementado políticas públicas razonables, ni tampoco ha realizado el máximo esfuerzo exigido por el art. 2° del PIDESC. Ello es lo que ocurre, precisamente, en este caso, donde se ha probado holgadamente que el segmento más vulnerable de la población de la Ciudad no tiene garantizadas soluciones mínimas y esenciales en materia habitacional. Se suma a ello el hecho de que tampoco existen políticas públicas, ni a largo ni a mediano plazo, destinadas a que estas personas logren acceder a un lugar digno para vivir*”.

Es destacable la claridad de este párrafo pues la asignación presupuestaria debe ser hecha teniendo en cuenta la protección de los derechos humanos y el principio de justicia social. En este punto hay una profundización conceptual de los precedentes ya vistos.



Luego sienta un principio de inconstitucionalidad. Dada cierta situación de hecho (personas en situación de calle) se presupone que la asignación presupuestaria no ha sido acorde al PIDESC de acuerdo a los términos fijados por el Comité DESC, es decir a la propia Constitución (pues en Argentina los tratados de derechos humanos tienen la misma jerarquía que las normas constitucionales). Otra vez, aquí se profundiza en la ideas del control fuerte, agregándose la presunción de inconstitucionalidad como elemento clave.

Dice luego el voto concurrente: *“Que esta presunción, sin embargo, no implica que el Estado tenga obligaciones más allá de sus reales capacidades económicas, ni tampoco que las limitaciones de recursos no deban ser tenidas en cuenta al momento de determinar el alcance de sus deberes. Por el contrario, el PIDESC ha sido redactado de modo tal de reflejar un balance adecuado entre el objetivo de lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales culturales, y los reales problemas de los Estados para implementarlos. La presunción señalada simplemente implica que, para atribuir la falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, es el Estado quien debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo por satisfacer sus deberes, y no el afectado que ve sus derechos insatisfechos. Esta carga probatoria en cabeza del Estado está doblemente justificada. Por un lado, deriva de la ya señalada presunción de inconstitucionalidad. Por el otro, responde a la incontrastable realidad de que es el Estado quien tiene y produce la información presupuestaria, y no el habitante, para quien el acceso a esos datos resulta notoriamente más dificultoso. A la luz de lo expuesto, la demandada debería haber acreditado, por lo menos, que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados y ejecutados al máximo nivel posible; y que la organización y distribución del presupuesto ha tenido en cuenta la prioridad que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales. La Ciudad de Buenos Aires no ha cumplido siquiera mínimamente con esa carga probatoria. No aportó información fehaciente y concreta sobre las restricciones presupuestarias alegadas, y se limitó a realizar afirmaciones teóricas y abstractas en el sentido de que los recursos económicos son escasos por naturaleza, y que el Gobierno debe atender múltiples actividades y necesidades de la población”*.

Es el Estado el que debe probar que ha realizado todos los esfuerzos. Esto por dos razones. Por la presunción de inconstitucionalidad de la asignación presupuestaria y porque el Estado es el que produce la información presupuestaria.

Se aprecia que este argumento conjuga dos elementos. Por un lado se profundiza en las ideas propias de la argumentación basada en la primacía del derecho. Es decir, se mantiene el principio que la Corte había sentado en los casos precedentes: las carencias presupuestarias no justifican las lesiones a los derechos. Y se adicionan conceptos de peso. Por un lado una reflexión de utilidad para la construcción de una doctrina positiva sobre el derecho presupuestario (doctrina que al fin de cuentas hay que pensarla

previamente a los casos de lesión): la asignación presupuestaria de los recursos tiene que hacerse teniendo en cuenta los derechos fundamentales. Se hace explícita así la quiebra de un mito del derecho financiero clásico: la absoluta discrecionalidad política de la decisión presupuestaria. Por otro lado, las situaciones de hecho generan una presunción de inconstitucionalidad.

Pero esta *regla general* viene acompañada por la *excepción*. Es decir, el Estado tiene la posibilidad de alegar la limitación de recursos, pero para que ello sea viable debe seguir una serie de recaudos objetivos. Tiene que probar que efectivamente ha usado el máximo de los recursos disponibles. Y aquí es posible una remisión a la construcción hermenéutica que viene desarrollando, paso a paso, el Comité DESC.

A diferencia del modelo del control fuerte, que sólo fija una regla, aquí se enuncia la regla general y la excepción (así como las condiciones que debe reunir la excepción para ser atendible). Y a diferencia del modelo moderado no hay ninguna referencia a la idea de balance legislativo.

Por cierto, es destacable que tanto la mayoría como el voto concurrente que analizamos evalúan la alegación de la limitación de recursos a la luz de la doctrina generada en el derecho internacional de los derechos humanos, haciendo uso de tratados internacionales (y de su interpretación por parte de los órganos internacionales de aplicación) ejercitando así el control de convencionalidad, aspecto en el cual la Corte argentina coincide con otros tribunales latinoamericanos, así la Corte Suprema de Justicia de México, como lo muestra el caso conocido como “*Pabellón 13*”, amparo en revisión 378/2014 (ponente: ministro Alberto Pérez Dayán), que versaba sobre el derecho a la salud y donde la lesión estaba causada directa y explícitamente por omisiones presupuestarias (falta de remodelación de instalaciones sanitarias para enfermos de hiv/sida por carencia de asignaciones presupuestarias). Y allí también, generando de esa forma un promisorio *derecho común latinoamericano con base en el derecho internacional de los derechos humanos*, la Corte Suprema de México hace uso de la doctrina del Comité DESC sobre la obligación de utilizar el máximo de los recursos disponibles.

#### **IV. Reflexiones finales**

##### **1. Cuatro modelos de control judicial de las restricciones presupuestarias**

Como he señalado en otros trabajos la experiencia judicial comparada puede clasificarse sobre la base de dos polos ideales de argumentación.

En primer lugar, la argumentación que pone el énfasis en los derechos o en las pautas constitucionales.

En segundo lugar, la argumentación que pone el énfasis en las restricciones a los derechos.

Sobre la base de esos límites pueden apreciarse cuatro modelos de control judicial de las restricciones presupuestarias. Enunciados de forma sintética, desde el polo de la primacía de los derechos al polo de la primacía de la restricción.

a) El modelo de control judicial fuerte. Concretiza la primacía de los derechos fundamentales o de las pautas constitucionales en juego. Los ejemplos son los casos “*Badín*”, “*Benghalensis*” y “*Verbitsky*” de la Corte argentina, así como la diversidad de casos mencionados de la justicia estadounidense.

b) El modelo del control judicial semifuerte. Flexibiliza el modelo anterior y conjuga la regla general de la primacía y la excepción, que puede ser alegada por el Estado pero bajo estrictas condiciones argumentales y probatorias. El ejemplo es el voto concurrente del juez Petracchi de la Corte argentina en el caso “*Q*”. También la sentencia dictada en el caso “*Pabellón 13*” por la Corte Suprema de Justicia de México. Aquí también podría ubicarse la propia doctrina del Comité DESC en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

c) El modelo del control judicial moderado. Conjuga la teoría del balance legislativo, el control judicial de las obligaciones mínimas y la carga probatoria a cargo del Estado de las limitaciones de recursos. El ejemplo es la argumentación de la mayoría de la Corte argentina en el caso “*Q*”.

d) El modelo de la restricción. Aquí no lo hemos considerado, pero actúa en este esquema clasificatorio, como el otro polo ideal. En esta forma de argumentación el énfasis recae en la restricción. Una de sus formas es sólo destacar la teoría del balance, tal como en su momento efectuó el Tribunal Constitucional alemán, en 1973, en el caso conocido como “*númerus clausus*”, donde incluso se generó un concepto (la reserva de lo posible) para conceptualizar la restricción presupuestaria. También podrían incluirse aquí las sentencias de la Corte estadounidense referidas al aborto posteriores al caso “*Roe*” y donde se niega la existencia de obligaciones positivas por parte del Estado y, por ende, la ausencia de una obligación de financiar actividades estatales correlativas, así en los casos “*Maher v. Rohe*” y “*Harris v. McRae*”.

## **2. La justicia en el gasto público**

Como reflexión última quisiera destacar que esta problemática, aquí enfocada desde la experiencia judicial, pone en primer plano un aspecto central del constitucionalismo financiero: la justicia en el gasto público.

Hay al respecto un hito insoslayable en la historia constitucional comparada: la Constitución española de 1978 que, como es sabido, gracias a la intervención de Fuentes Quintana, quien defendió la enmienda solicitada por el Senado, contiene una expresa

cláusula sobre la justicia en el ámbito de los gastos públicos, inspirada a su vez en los fundamentales trabajos doctrinarios de Álvaro Rodríguez Bereijo<sup>19</sup>.

En dicho propuesta se decía lo siguiente: *“A continuación del apartado 1 se propone un nuevo apartado, el 2, en el que se trata de constitucionalizar los principios a los que debe responder el gasto público. No resulta aceptable que la Constitución ignore los criterios a los que debe responder el gasto público cuando tantos artículos del texto constitucional habrán de traducirse prácticamente en aumentos de gasto del sector público. Por otra parte, la Hacienda Pública no es sólo una hacienda de ingresos a cuyo comportamiento se refiere la Constitución. Existen gastos públicos también –la otra mitad de la Hacienda Pública- cuya conducta debe orientarse por principios semejantes a los que tratan de gobernar el ingreso público, si no queremos correr el riesgo que la Hacienda con la mano de los gastos públicos anule lo que se ha construido con la mano de los ingresos orientada por los criterios constitucionales ... Con el fin de conseguir una coherencia en los principios que gobiernan la imposición, según el texto constitucional, la enmienda que se propone pretende que el gasto público sirva al fin de la justicia (solicitando, por ello una asignación equitativa de los recursos públicos) y a los principios de eficiencia y economía (requisito obligado para justificar la racionalidad de todo gasto público)”*.

Fuentes Quintana, por su parte, destacó: *“Si los principios de progresividad imperan en el campo del ingreso, deben tener la misma traslación o aplicación en el campo correspondiente del gasto público, es decir, ingreso y gasto público deberían estar regidos por el mismo principio y de aquí que la enmienda propuesta afirme que el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos”*.

De aquí la redacción del art. 31.2 de la Constitución: *“El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”*.

La novedad de dicho texto ha sido señalada por la doctrina española. Como destaca, entre otros, Albiñaga García Quintana: *“También se ha de notar que por primera vez en nuestra historia constitucional se conectan los ingresos y los gastos en una versión global de la Hacienda Pública. Los dos flujos –entradas y salidas- propios del Tesoro Público en su restringida acepción quedan descritos en los apartados 1 y 2 del artículo 31 que se comenta. Además, así se supera el contemporáneo fraccionamiento de la Hacienda Pública en sus dos fenómenos básicos: el financiero y el tributario, que permitía pasar al ciudadano la factura del tributo sin el paralelo descargo del gasto público. El gasto público se refugiaba en el presupuesto y en ese documento quedaban plasmadas todas las obligaciones de la Hacienda Pública por el empleo o asignación de los recursos públicos. La Hacienda Pública no comparecía constitucionalmente*

---

<sup>19</sup> PERFECTO YEBRA MARTUL-ORTEGA, *Constitución financiera española. Veinticinco años*, texto ya citado, p. 230.

*nada más que por una de sus caras: la de los tributos. Las decisiones sobre el gasto público se sometían al principio de legalidad y se evadían del postulado de equidad. La legalidad –formal- de nuestro siglo XIX también triunfaba en el campo del gasto público, a diferencia del tributo, que junto al principio de legalidad respondía al de justicia con las tradicionales expresiones de haberes, facultades y capacidad económica”<sup>20</sup>.*

En igual sentido se expresan Queralt, Lozano Serrano, Casado Ollero y Tejerizo López en su ya clásico curso de derecho financiero, quienes, además de destacar la novedad del texto español respecto de “*la historia constitucional de los Estados europeos continentales*” señalan: “*Tradicionalmente, la regulación constitucional del gasto público ha quedado confinada en la proclamación del principio de legalidad ... Esta orfandad, siempre criticada por la doctrina, que ponía de relieve la diferencia de tratamiento entre la ordenación constitucional de los ingresos y gastos públicos, obedecía, en último extremo, a la arraigada convicción sobre la imposibilidad técnica de establecer unos principios que vincularan al legislador en el momento de aprobar las leyes presupuestales anuales. De forma mucho más acentuada en el ámbito tributario, la decisión sobre los fines a que se van a destinar los ingresos públicos aparecía como una decisión sustancialmente política, difícilmente reconducible a unos parámetros de generalizada aceptación. No existía en el ámbito del gasto público un principio de justicia que pudiera desempeñar un papel análogo al que, en materia de ingresos tributarios, desempeñaba el principio de capacidad contributiva*”. Luego se agrega que el principio de equidad no debe quedarse “*en modo alguno en el marco de las declaraciones programáticas formuladas ad pompan vel ostentationem*”<sup>21</sup>.

La cláusula española no es sólo central por su valor intrínseco en la historia del constitucionalismo financiero. También es clave en la medida en que, por ejemplo, la reforma constitucional argentina de 1994, la más profunda de su historia, también incluyó el término equidad como pauta a la que debe sujetarse la ley de presupuesto (artículo 75 incisos 2 y 8 de la Constitución). Pauta, la de la equidad, que ya estaba presente en la Constitución argentina de 1853 predicada de las contribuciones, es decir, de los tributos (artículo 4 de la Constitución).

Ahora bien, la equidad en el gasto público puede verse, al menos en una de sus facetas, como la sujeción de las asignaciones presupuestarias al sistema de los derechos fundamentales, hoy a su vez reelaborado a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y la doctrina generada por los diversos actores del dicho sistema internacional, entre ellos el Comité DESC.

---

<sup>20</sup> ALBIÑAGA GARCÍA-QUINTANA, “Artículo 31. El gasto público”, en ALZAGA VILLAMIL, OSCAR (director), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo III, artículos 24 a 38, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999.

<sup>21</sup> JUAN MARTÍN QUERALT, CARMELO LOZANO SERRANO, GABRIEL CASADO OLLERO y JOSÉ M. TEJERIZO LÓPEZ, *Curso de derecho financiero y tributario*, Tecnos, 2003, p. 117.

Un gasto público justo es aquel que está subordinado al sistema de los derechos humanos.

Esta es la base para la construcción de una doctrina positiva del gasto público y del derecho presupuestario. Positiva en el sentido de que es previa al estudio de las situaciones de lesión, que son las que apreciamos en la experiencia litigiosa de los tribunales.

En fin, es sobre esta visión que puede efectuarse una lectura constitucional armoniosa de las recientes reformas constitucionales europeas, así las de Italia y España, que incorporaron a sus textos constitucionales variantes del principio de equilibrio presupuestario, en consonancia con las reglas de la gobernanza europea de las finanzas públicas.

Equilibrio, estabilidad, sostenibilidad fiscal, son fórmulas que expresan disposiciones jurídicas que no pueden ser un medio para socavar el sentido central de las constituciones financieras contemporáneas: ser un medio para hacer efectivo y real el Estado social y democrático de Derecho que enuncian nuestras constituciones, uno de cuyos aspectos claves son los derechos fundamentales sociales.

Como se habrá advertido, este ensayo (así como la visión del derecho constitucional financiero que le subyace como marco teórico) milita en favor del control judicial fuerte o semifuerte, medios racionales para ponerle límites a los tradicionales planes de ajuste o a las modernas políticas de austeridad.